

DOCUMENTOS DE TRABAJO

12/2017

V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario “El futuro del Impuesto sobre Sociedades” (1.^a parte)

CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO (coordinadora)
Instituto de Estudios Fiscales



ÍNDICE

Presentación, por CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO

Programa

PONENCIAS

La fórmula de reparto y el sistema de ventanilla única en la nueva Propuesta BICCIS, por CARMEN BOTELLA GARCÍA-LASTRA (Inspectora de Hacienda del Estado. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid)

La configuración de los grupos de empresas en la Propuesta de Directiva BICCIS, por LUIS A. MALVÁREZ PAS-CUAL (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva)

Análisis de algunas de las cuestiones más relevantes de la nueva propuesta de Directiva relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades, por EMILIO CENCERRADO MILLÁN (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante)

La Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades (Propuesta de 25 de octubre de 2016), por RAFAEL CALVO SALINERO (Garrigues Abogados y Asesores Tributarios)

Impuesto sobre Sociedades: ¿de la acción unilateral a la acción coordinada entre Administraciones tributarias?, por SILVIA LÓPEZ RIBAS (Inspectora Coordinadora de la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional. Agencia Estatal de Administración Tributaria)

Algunas ideas sobre el futuro del Impuesto sobre Sociedades, por ABELARDO DELGADO PACHECO (Garrigues Abogados y Asesores Tributarios. Profesor asociado de la Universidad Autónoma de Madrid)

Análisis de algunas de las cuestiones más relevantes de la nueva propuesta de Directiva relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades

EMILIO CENCERRADO MILLÁN

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante

1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación de la Directiva BICIS. 3. Algunas cuestiones relativas a la formación de la Base Imponible Común. 3.1. La introducción del requisito de “interés directo” para la determinación de los gastos deducibles. 3.2. La “sobre-deducción” de los gastos de I+D. 3.3. Las medidas para resolver la asimetría en el tratamiento fiscal de los recursos propios y de los recursos ajenos. 4. Las amortizaciones en la regulación de la Base Imponible Común. 5. El tratamiento de las pérdidas. 6. La cláusula de la inversión. 7. La tributación de las empresas asociadas.

1. INTRODUCCIÓN

Buenos días a todos. Quisiera, en primer lugar, dar las gracias al Instituto de Estudios Fiscales por la organización de este “V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario dedicado al futuro del Impuesto sobre Sociedades” y, especialmente, a las personas que me han invitado a participar en el mismo para hablarles de algunas de las cuestiones que se recogen en la nueva propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades (en adelante propuesta de Directiva BICIS), dada a conocer en octubre de 2016¹.

Quisiera iniciar mi intervención recordando que la inicial propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades presentada en 2011² (en adelante propuesta de Directiva BICCIS-2011) tenía como objetivo principal fomentar la actividad transfronteriza de las sociedades en el marco del mercado único, para lo que se establecía como elemento más relevante de dicha propuesta un régimen voluntario de consolidación de bases imponibles y el reparto de la tributación consiguiente del grupo entre los Estados miembros en que operase las diferentes entidades con fundamento en una fórmula predeterminada. Esta posibilidad proporcionaba importantes ventajas a los grupos de sociedades que actuaban a escala comunitaria: entre otras, la compensación automática e inmediata de las pérdidas de una entidad del grupo con los beneficios de otra, con independencia del Estado en el que se hubieran generado dichas pérdidas o beneficios, la inaplicación de la compleja normativa sobre precios de transferencia en relación con las operaciones intra-grupo, con el correspondiente ahorro en costes de cumplimiento e incremento de la seguridad jurídica, y la utilización de una única Adminis-

¹ En octubre de 2016 se publicaron dos propuestas de Directivas que tratan de retomar la iniciativa de la Comisión para lograr la aprobación de una base imponible común consolidada: La propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades [COM(2016) 685 final] y la propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades [COM(2016) 683 final].

² En marzo de 2011 se publicó la propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS) [COM(2011) 121 final].

tración tributaria para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en relación con el Impuesto sobre Sociedades (sistema de ventanilla única).

Desde esta perspectiva, parece lógico que la tributación del grupo mediante la base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (en adelante BICCS) se configurase como un régimen voluntario al que podían acogerse las sociedades constituidas en los Estados miembros que estuvieran sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, las notables divergencias en las regulaciones nacionales de la base imponible de los diferentes Estados y su diferente conexión con la contabilidad hacían inviable dicha consolidación, si previamente no se establecía un conjunto de normas que permitiesen determinar uniformemente las bases imponibles individuales de las sociedades pertenecientes al grupo de consolidación. De esta forma, la regulación de una base imponible común sólo constituía en aquella propuesta inicial un mero instrumento para la consecución del objetivo estrella que era la consolidación fiscal. En mi opinión, podía decirse que la regulación de la base imponible común constituía la cenicienta de la propuesta.

Sin embargo, el relanzamiento de la BICCS propiciada por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 17 de junio de 2015 sobre “un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”³ se produce en el nuevo contexto internacional de lucha contra las prácticas de lo que se ha denominado planificación fiscal agresiva, impulsado por el G20 y la OCDE, a través de lo que conocemos como Plan de acción *BEPS*. En dicha Comunicación se afirma que la BICCS puede constituir un instrumento extremadamente eficaz para alcanzar este objetivo y, en particular, se dice literalmente que una “base común eliminaría las disparidades existentes entre los sistemas nacionales que suelen explotar los planificadores fiscales agresivos y excluiría la posibilidad de utilizar los regímenes preferenciales para el traslado de beneficios”.

Quizás, para las instituciones comunitarias resultaba inaceptable no proponer su propio Plan de acción para luchar contra las prácticas *BEPS*, sobre todo por la repercusión política y mediática que estaba teniendo la difusión de que muchos de los grupos multinacionales internacionales estaban tributando de manera ínfima por sus importantes beneficios, mientras la crisis económica surgida en 2008 planteaba graves problemas presupuestarios a los Estados que se traducían en significativos recortes que afectaban a servicios públicos esenciales y en incrementos tanto de la imposición indirecta sobre los ciudadanos como de la imposición directa sobre las rentas del trabajo o sobre las rentas de las pequeñas y medianas empresas que no podían recurrir a dichas prácticas *BEPS*.

Sin tratar de concretar en qué consiste la planificación fiscal agresiva, me atrevo a afirmar que su origen no está únicamente en la utilización por parte de los grupos multinacionales de los desajustes casuales producidos por la interacción de los distintos sistemas normativos nacionales y de los convenios de doble imposición, sino que también hay que achacarlo –y en una gran medida– a que los Estados usan y abusan del Impuesto sobre Sociedades como instrumento para fomentar

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales [COM(2015) 302 final].

la localización de las empresas en sus territorios y crean desajustes, que podríamos decir que son causales, a través de diversos incentivos fiscales como los regímenes preferenciales, reducciones del tipo de gravamen, deducciones de la cuota, acuerdos privilegiados con los contribuyentes, etc. A mi juicio, es la competencia fiscal excesiva entre los Estados la que genera muchos de estos problemas y la que debería empezar a reducirse, al menos, en el contexto europeo.

Desde esta otra perspectiva, opino que el impulso de una base común del Impuesto sobre Sociedades aplicable en todos los Estados miembros podría haber constituido la principal estrella de la nueva iniciativa, ya que ofrecería a las empresas un sistema único de determinación de sus beneficios empresariales, eliminaría los obstáculos a su internacionalización, eliminaría las disfunciones y asimetrías fiscales derivadas de la existencia de distintas normativas e incrementaría la transparencia al permitir apreciar mejor la tributación efectiva de los beneficios.

Podría afirmarse que del mismo modo que la aprobación de la Sexta Directiva IVA fue imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado común europeo en sus inicios, ya que era inviable la aplicación de una imposición indirecta diferente por países, ahora puede ser ya imprescindible aprobar una Directiva relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades para conseguir la total integración y convivencia de empresas y Estados en competencia leal en un único mercado interior europeo.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA BICIS

Entrando en el análisis del ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva BICIS, podemos apreciar cómo su artículo 2 establece la obligatoriedad de aplicar la Directiva a dos tipos de entidades:

En primer lugar, a las sociedades constituidas en virtud de la legislación de un Estado miembro, incluidos sus establecimientos permanentes en otros Estados miembros, cuando se cumplan cuatro condiciones:

- 1) Que la sociedad haya adoptado una de las formas señaladas en el anexo I. En relación con la legislación española se establece su aplicación en relación con las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades comanditarias por acciones y las entidades de Derecho Público que operen en régimen de Derecho Privado.
- 2) Que la sociedad esté sujeta a uno de los Impuestos sobre Sociedades señalados en el anexo II. Para España, nuestro Impuesto sobre Sociedades.
- 3) Que la sociedad pertenezca a un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera cuyos ingresos consolidados totales a nivel de grupo hayan superado los 750 millones de euros durante el ejercicio financiero anterior. Para ello, dispone el artículo 4, número 10, de la propuesta de Directiva que, por grupo consolidado, a efectos de contabilidad financiera, habrá que entender todas las entidades que estén plenamente incluidas en los estados financieros consolidados elaborados de conformidad con las Normas Internacionales de Información Financiera o con un sistema de información financiera nacional.

4) Que reúna la condición de sociedad matriz o filial consolidable en el sentido de la Directiva, o que disponga de uno o varios establecimientos permanentes en otros Estados miembros.

En relación con esta última condición, el artículo 3 de la propuesta de Directiva BICIS dispone que tendrá la condición de filial consolidable toda filial inmediata o subfilial en la que la sociedad matriz posea:

- a) más del 50% de los derechos de voto, y
- b) un derecho de propiedad de más del 75% del capital de la filial o más del 75% de los derechos a participar en sus beneficios.

A efectos del cálculo de los umbrales señalados en relación con las subfiliales, se entenderá, por un lado, que si la matriz alcanza más del 50% de dichos derechos en la filial, se considerará que la sociedad matriz posee el 100% de dichos derechos en dicha filial. Por otro lado, la participación en el capital y en los derechos a participar en los beneficios de las subfiliales se calculará multiplicando las participaciones directas e indirectas en las filiales de cada nivel, teniendo en cuenta también aquellos porcentajes que no superen el 75% en poder, directa o indirectamente, de la sociedad matriz, incluyendo los derechos en sociedades residentes en un tercer país.

En segundo lugar, la propuesta de Directiva BICIS también resultará obligatoria para las sociedades constituidas en virtud de la legislación de un tercer Estado, pero sólo con respecto a sus establecimientos permanentes situados en uno o varios Estados miembros, siempre que cumpla las cuatro condiciones anteriores, aunque lógicamente en relación con la primera bastará con que dicha sociedad adopte una forma jurídica similar a las formas recogidas en el anexo I de la Directiva. Para facilitar la determinación de dicho requisito se habilita a la Comisión para que elabore anualmente una lista de formas societarias de terceros países similares a las establecidas en dicho anexo, aunque se advierte expresamente que el hecho de que una forma societaria de un tercer país no figure en dicha lista no será óbice para la aplicación a la misma de las normas de la Directiva, habría que entender que en la medida en que se aprecie la mencionada relación de similitud.

Por otra parte, la propuesta de Directiva BICIS permite a cualquier otra sociedad que cumpla los dos primeros requisitos optar por su aplicación, es decir, aunque no cumpla la condición de pertenecer a un grupo de sociedades consolidado a efectos de la contabilidad financiera. Se trata, pues, de una aplicación voluntaria de la Directiva que habrá de extenderse durante cinco ejercicios fiscales y que, salvo renuncia expresa, se prorrogará por períodos de cinco ejercicios fiscales.

Por último, se establece expresamente la no aplicación de la Directiva a las compañías navieras sujetas a un régimen especial.

Pues bien, si se compara esta regulación con el ámbito de aplicación que se describe en el artículo 2 de la propuesta de Directiva relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (en adelante propuesta de Directiva BICIS), se puede sostener que las sociedades que estarán obligatoriamente sujetas al régimen de consolidación serán las mismas que tienen que aplicar la base imponible común. Y lo mismo sucede para las sociedades que

voluntariamente pueden aplicar el régimen de consolidación, aunque en este caso lógicamente sólo si aquellas sociedades están integradas en un grupo consolidado, aunque no superen a nivel de grupo los 750 millones de ingresos consolidados.

Esta coincidencia casi plena en la regulación de los ámbitos de aplicación de las dos propuestas de Directivas elaboradas en 2016 pone de relieve que la regulación de la base imponible común sigue siendo un elemento meramente instrumental para poder establecer el régimen de consolidación, que continúa siendo la estrella de la propuesta en su conjunto. Su división en dos textos diferentes obedece únicamente a la intención de la Comisión de incrementar las posibilidades de aprobar la iniciativa. Si se me permite el símil, quizás se ha pensado que distribuir la medicina en dos píldoras pequeñas, en lugar de hacerlo mediante una pastilla más grande, sea más fácil de ingerir para el paciente. Pero lo que no puede desprenderse del análisis del ámbito de aplicación de las propuestas de Directivas, es que la base imponible común haya conseguido el protagonismo necesario para convertirse en una pieza decisiva para reducir la competencia fiscal entre los Estados e, indirectamente, un instrumento principal de lucha contra la planificación fiscal agresiva.

En mi opinión, esto último hubiera requerido establecer su ámbito de aplicación obligatorio para todas las sociedades sujetas a un Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea. Se podrá decir que esto hubiera sido una misión imposible para la Comisión, por la evidente falta de voluntad política de algunos Estados. Lo cual es cierto, pero creo que desde una óptica académica –que es lo que yo puedo aportar– no me debo limitar a lo que es meramente posible o no en el momento actual, sino que debo opinar sobre lo que creo que debería haber sido para la consecución del objetivo señalado.

De esta forma, las normas que específicamente van dirigidas a combatir la planificación fiscal agresiva han sido incluidas en la que podríamos denominar Directiva anti-abuso⁴, aprobada en junio de 2016, que sí resultará obligatoria para todos los contribuyentes sujetos al Impuesto sobre Sociedades y que ha establecido “un nivel mínimo” de protección contra la erosión de bases imponibles, que se dice expresamente puede ser mejorado por cada Estado miembro. Por esta posibilidad, y también por el hecho que la regulación de algunas de las normas anti-abuso de la Directiva ofrecen múltiples opciones para configurarlas al gusto de cada Estado miembro (por ejemplo, en la limitación a la deducibilidad de intereses o en las normas sobre Sociedades Extranjeras Controladas), se llegará a la situación de que los diferentes Estados tendrán normas anti-abuso similares, pero de un contenido y alcance diferente, lejos de la plena armonización que hubiera supuesto incluir normas anti-abuso en una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades obligatoria para todos los contribuyentes de los Impuestos sobre Sociedades en la Unión Europea.

En definitiva, podrá seguir hablándose de veintiocho normativas diferentes para determinar el beneficio gravado en el Impuesto sobre Sociedades en Europa, o mejor aún, si se aprueba la propuesta de Directiva podremos hablar de la existencia de veintinueve fórmulas diferentes para determinar dicho beneficio.

⁴ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

3. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA FORMACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN

Este ámbito subjetivo de aplicación que hemos descrito explica también que la regulación de la base imponible común contenida en la propuesta de Directiva BICIS sea muy similar a la regulación que, en su momento, se recogía en la propuesta de Directiva BICCIS-2011, aunque lógicamente con algunas mejoras y con algún añadido significativo.

De esta forma, se regula una base imponible autónoma, es decir sin remisión al resultado contable de la sociedad, calculada mediante la minoración de los ingresos en la cuantía de los ingresos exentos y los gastos y otros elementos deducibles. El análisis detallado de esos ingresos y gastos lo va a efectuar el siguiente ponente de esta mesa, pero a mí me gustaría hacer referencia a tres cuestiones puntuales en relación con esta regulación.

3.1. La introducción del requisito de “interés directo” para la determinación de los gastos deducibles

La primera de ellas es que la regulación contenida en la propuesta de Directiva BICIS es quizás demasiado corta en relación con la complejidad de las operaciones y actividades que realiza una sociedad, dado que el núcleo esencial de la descripción de los ingresos y gastos se realiza en apenas treinta y cinco artículos. Ello configura un escenario muy diferente al que actualmente tenemos en relación con la determinación de la base imponible en nuestro Impuesto sobre Sociedades, ya que aunque su regulación expresa en la Ley se limita a diecisiete artículos, la remisión efectuada al resultado contable de la entidad, permite considerar a todo el Derecho contable como normas pertinentes para el cálculo de la base imponible del impuesto.

De igual modo, podemos recordar que antes de la reforma llevada a cabo en el año 1995, cuando la base imponible del Impuesto sobre Sociedades también se determinaba autónomamente, la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978 dedicaba apenas una docena de artículos a la regulación de la base imponible, pero dicho texto era complementado con un Reglamento del Impuesto sobre Sociedades que contenía cuatrocientos artículos, dedicados en una gran parte a la regulación de la base imponible. Sin embargo, esta posibilidad de extender la regulación a través de un “desarrollo reglamentario” ulterior no es viable en el marco de la propuesta de Directiva, ya que las posibilidades de regulación de la Comisión se restringen a determinados aspectos muy concretos señalados en la citada Directiva.

No obstante, sí que queremos destacar una modificación significativa incorporada en la nueva propuesta que no se contenía en el anterior texto. Me refiero a que se ha incluido una definición de gasto deducible y, sobre todo, a que se ha establecido lo que yo entiendo es una condición general de deducibilidad de los gastos en el contexto de la Directiva. En concreto, el apartado primero del artículo 9 dispone que “los gastos solo serán deducibles en la medida en que se haya incurrido en ellos en interés directo de la actividad del contribuyente”.

Se crea así el requisito de “interés directo” en la realización del gasto en la actividad del contribuyente, cuya concurrencia o no determinará si dicho gasto es deducible o no de los ingresos generados por la actividad. Ello recuerda al requisito de “gastos necesario para la obtención del

ingreso” que se recogía en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978, aunque por supuesto ello no significa que tengan que tener ni mucho menos el mismo contenido. Parece evidente que “interés directo” es más flexible que “gasto estrictamente necesario”, tal y como fue interpretado en aquel momento por la Administración tributaria española el requisito de la citada Ley de 1978.

El requisito “interés directo” deberá ser interpretado por los contribuyentes y las Administraciones tributarias y, con toda seguridad, la delimitación exacta de su contenido acabará haciéndola el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de los diferentes recursos que los contribuyentes presentarán ante las normas nacionales que traten de completar la base imponible común.

3.2. La “sobre-deducción” de los gastos de I+D

La segunda cuestión que quiero mencionar hace referencia a la inclusión en la base imponible común de un claro incentivo fiscal a la realización de los gastos de I+D, permitiendo no sólo la deducción de los costes reales de investigación y desarrollo correspondientes al ejercicio, sino permitiendo realizar además una deducción adicional del 50% de dichos costes (con excepción de los costes relativos al inmovilizado material mueble) hasta que los mismos alcancen la cifra de 20 millones de euros, y de un 25% para el exceso sobre dicha cantidad. Además, dicho porcentaje adicional puede alcanzar hasta el 100% de los costes realizados en el caso de determinadas empresas pequeñas (sociedades no cotizadas con menos de 50 empleados y volumen de negocios o balance anual que no supere los 10 millones de euros) de nueva creación (haya iniciado su actividad en los últimos cinco años y no sea el resultado de una operación de concentración) y que no tengan empresas asociadas.

A mi juicio, esta denominada “super-deducción” (quizás, sería más correcto hablar de “sobre-deducción”) no constituye tanto una preocupación genuina por incentivar las actividades de I+D, como un elemento más de la propuesta para lograr el consenso de los Estados miembros necesario para su aprobación. Es decir, creo que su introducción obedece a la necesidad de vencer la renuencia que podrían mostrar algunos Estados si entendiesen que determinadas empresas que están situadas en su territorio y que disfrutan actualmente de incentivos fiscales en la determinación de la base imponible de acuerdo con su Impuesto sobre Sociedades nacional (por ejemplo, *patent box*) podrían tener alguna tentación de deslocalizarse hacia otros Estados si se quedasen sin dichos incentivos nacionales en virtud de su sujeción obligatoria a una base imponible común que careciese de ellos. De nuevo, creo que es la preocupación de no alterar la situación actual de utilización del Impuesto sobre Sociedades como instrumento de política fiscal lo que motiva esta nueva norma. Quizás, la solución más adecuada hubiera sido no interferir en la regulación de la base imponible común con la introducción de nuevos incentivos y permitirlos expresamente en el ámbito de las deducciones de la cuota.

3.3. Las medidas para resolver la asimetría en el tratamiento fiscal de los recursos propios y de los recursos ajenos

La tercera cuestión que me gustaría resaltar es la nueva perspectiva adoptada en relación con la asimetría fiscal existente entre el tratamiento de los costes generados por la utilización de los

recursos propios y el tratamiento de los costes generados por el uso de los recursos ajenos en el Impuesto sobre Sociedades. Conocemos bien que tradicionalmente se había aceptado que la tributación de una sociedad que realiza una actividad económica depende de dos claros componentes: por un lado, del beneficio llamémosle empresarial resultante de sus actividades y, por otro, del resultado derivado de la estructura financiera que haya decidido adoptar dicha sociedad, en la medida en que no existe una estructura estándar o modelo de estructura financiera que se pueda imponer. En el pasado, la única reacción del Ordenamiento tributario se producía cuando dicha estructura financiera respondía a una clara situación de subcapitalización con la intención de eludir el impuesto, para lo cual se arbitraron las tradicionales normas anti-subcapitalización que trataban de impedir la deducción de determinados gastos financieros, generalmente cuando se generaban por endeudamiento externo.

Sin embargo, en la actualidad muchos Estados están abordando esta asimetría por una doble vía: por un lado, se sigue actuando sobre la limitación a la deducción de los gastos financieros, vinculando ahora dicha limitación al beneficio de la entidad, y por otro lado, se trata de permitir la deducibilidad de algún coste en relación con el uso del capital propio. Se trata de solventar la asimetría en relación con los dos componentes del problema: recursos propios y recursos ajenos.

Siguiendo esta tendencia, la propuesta de Directiva BICIS recoge una norma relativa a la limitación de intereses que fundamentalmente dispone que el exceso de gastos de intereses sobre los ingresos de esta misma naturaleza serán deducibles hasta el 30% del EBITDA del ejercicio, en la misma línea que la regulación nacional de varios Estados miembros, que las recomendaciones resultantes del Plan de acción *BEPS* de la OCDE y, sobre todo, que la Directiva anti-abuso recientemente aprobada. Aunque lo cierto y verdad es que esta norma (curiosamente no se incluye en el capítulo de las normas anti-abuso de la propuesta de Directiva) adopta un contenido concreto a través de incorporar o no las múltiples opciones que permite la Directiva anti-abuso, de igual manera que lo harán los respectivos legisladores nacionales en la regulación de su Impuesto sobre Sociedades.

De este modo, puede advertirse que la norma contenida en la propuesta de Directiva BICIS opta por permitir siempre una deducción mínima de los costes financieros excedentarios de 3.000.000 de euros, por exigir computar los límites impuestos por la norma a nivel de grupo cuando se permita o se exija actuar al contribuyente por cuenta de un grupo, por no aplicar la limitación de intereses a las sociedades aisladas (aquellas que no pertenecen a un grupo, no tienen empresas asociadas ni establecimientos permanentes), por no incorporar ninguna de las denominadas “cláusula de escape” que vienen a tener en cuenta el peso concreto del endeudamiento de la sociedad afectada por la limitación de intereses respecto de la distribución del endeudamiento en el conjunto del grupo; y entre otras opciones más realizadas por la propuesta de Directiva, opta también por permitir que los gastos financieros no deducidos en el ejercicio por aplicación de la norma sean deducibles exclusivamente durante los ejercicios siguientes (sin límite temporal) y no puedan ser deducidos mediante su traspaso a ejercicios anteriores o través de considerar lo que podríamos denominar “márgenes no consumidos” de ejercicios anteriores (la propuesta de Directiva utiliza la expresión “capacidad no utilizada de deducir intereses”).

Con esta norma contenida en el propuesta de Directiva BICIS se me ocurre que una sociedad española que actúa aisladamente y actualmente esté viendo recortadas sus posibilidades de deducción de los gastos financieros por la aplicación del artículo 16 de nuestra Ley del Impuesto sobre Sociedades, podría barajar la posibilidad de optar por la aplicación de la Directiva BICIS –si se llegase a aprobar– para deducir la totalidad de sus gastos financieros, en la medida en que la norma limitadora de los intereses de la Directiva no es aplicable a las sociedades aisladas. De este modo, se muestra como se crean nuevas posibilidades para las sociedades que puedan acogerse voluntariamente a las normas de la Directiva, como consecuencia de añadir una normativa más a las veintiocho normativas nacionales sobre determinación de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades. Por ello, no es descartable tampoco que la propuesta de Directiva BICIS puede tener incidencia en la modificación de las legislaciones nacionales en este tipo de normas con el objetivo de que las normas nacionales no resulten más rigurosas en sus límites respecto de las contenidas en dicha propuesta.

Pero, sin duda, representa una mayor novedad la otra actuación para combatir la asimetría en el tratamiento fiscal de los costes derivados de los recursos propios y de los recursos ajenos, que consiste en introducir lo que se denomina bonificación en concepto de crecimiento e inversión (artículo 11 de la propuesta de Directiva), que no consiste en aplicar un interés teórico o nocial sobre la totalidad de los recursos propios utilizados por el contribuyente, como se ha propuesto en los modelos teóricos conocidos como *allowance for corporate equity (ACE)* o *allowance for corporate capital (ACC)*. Sino que la bonificación estaría más en la línea de algunas medidas nacionales –como nuestra reserva de capitalización– que concede un beneficio tributario exclusivamente en función del incremento de los fondos propios logrados al final del ejercicio.

Así, la bonificación contenida en la propuesta de Directiva BICIS consiste en aplicar un tipo de interés teórico a una base de recursos propios del contribuyente. El tipo de interés será igual al rendimiento de la deuda pública a diez años en la zona euro en el mes de diciembre del ejercicio correspondiente, fijado por el Banco Central Europeo, incrementado en dos puntos porcentuales y con el límite mínimo, en cualquier caso, del 2%. Y la base de recursos propios se formará por la diferencia entre los recursos propios del contribuyente al final del ejercicio fiscal correspondiente y los recursos propios existentes al inicio del primer ejercicio en que sea aplicable la normativa de la Directiva BICIS. Ello será así durante los primeros diez ejercicios fiscales en los que el contribuyente esté sujeto a la Directiva. A partir del undécimo ejercicio en adelante, la base de recursos propios se calculará mediante la diferencia entre los recursos propios del contribuyente al final del ejercicio y los recursos propios tenidos en cuenta en el ejercicio anterior.

Ahora bien, los recursos propios a considerar en el cálculo de la base de la bonificación consistirán en el capital, reservas y fondos propios del contribuyente, tal y como se define en las normas comunitarias⁵, pero minorados en el valor fiscal de su participación en el capital de

⁵ El artículo 11.2 de la propuesta de Directiva BICIS dispone que se entenderán por recursos propios el capital y reservas, tal y como se definen en la letra A del anexo III y en la letra L del anexo IV de la Directiva 2013/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes de ciertos tipos de empresas; así como los fondos propios, tal y como se definen en las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas mediante el Reglamento (CE) N.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad.

empresas asociadas, como medida para evitar efectos en cascada que permitan aprovechar un único incremento de fondos para aplicar dos veces el mismo incentivo en diferentes sociedades.

Lo que sí debe advertirse es que este mecanismo no actuará sólo como un beneficio en favor de los contribuyentes que incrementen sus fondos, sino que también operará como una penalización para los contribuyentes que los disminuyan, ya que cuando la base de recursos propios, en los términos descritos anteriormente, sea negativa (es decir, cuando haya una minoración de los recursos propios), entonces el resultado de aplicar el mismo interés teórico que hemos mencionado al decremento de la base de recursos propios deberá considerarse como un ingreso a integrar en la base imponible del contribuyente.

Finalmente, la norma prevé que la Comisión adoptará actos delegados para establecer disposiciones más detalladas en relación con la bonificación con la finalidad de luchar contra la elusión fiscal, mencionando expresamente hasta ocho ámbitos diferentes en donde será pertinente realizar dicha actuación⁶, por lo que la delimitación exacta del contenido y aplicación de dicha bonificación no podrá conocerse en toda su extensión hasta que pueda analizarse la normativa aprobada por la Comisión.

4. LAS AMORTIZACIONES EN LA REGULACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN

En relación estrictamente con los ingresos y gastos que componen la base imponible común, me correspondería a mí hacer una referencia a la regulación de los gastos de amortización contenida en la propuesta de Directiva BICIS, que, con algún retoque, es muy semejante a la regulación que ya se recogía en la propuesta de Directiva BICCIS-2011. Puede afirmarse que esta regulación de 2011 era muy generosa para el contribuyente, lo que era lógico y coherente con una normativa que pretendía hacerse atractiva a los grupos de sociedades para que voluntariamente optasen por su aplicación.

De este modo, la propia definición del inmovilizado que puede amortizarse efectuada por la propuesta de Directiva BICIS constituye una ventaja fiscal para el contribuyente. En concreto, la

⁶ El artículo 11.6 de la propuesta de Directiva BICIS recoge los siguientes ámbitos en los que se faculta a la Comisión para establecer disposiciones en relación con la bonificación:

- a) Préstamos intragrupo y préstamos en los que participen empresas asociadas.
- b) Contribuciones en efectivo y contribuciones en especie.
- c) Transferencias de participaciones.
- d) La reclasificación de antiguo capital como nuevo capital mediante liquidaciones y la creación de empresas emergentes.
- e) La creación de filiales.
- f) Adquisiciones de actividades de empresas asociadas.
- g) Estructuras de *doble dipping* (doble deducción) que combinan la deducibilidad de los intereses y las deducciones previstas en el marco de la bonificación.
- h) Los incrementos en la cantidad de activos exigibles por financiación de préstamos a empresas asociadas en comparación con el importe de tales activos exigibles en la fecha de referencia.

definición de inmovilizado incluye tanto el inmovilizado material adquirido a título oneroso o creado por el contribuyente como el inmovilizado intangible adquirido a título oneroso destinado a utilizarse en el curso de la actividad durante un período superior a doce meses para la producción, mantenimiento o garantía de la renta, pero se exceptúa aquel cuyo coste de adquisición o construcción sea inferior a 1.000 euros. Por consiguiente, los bienes por debajo de 1.000 euros no son considerados nunca como inmovilizado y, por lo tanto, no son amortizables en los ejercicios de su vida útil, sino que su coste de adquisición podrá considerarse como gasto en el año de su adquisición. Dicho de otra manera, la propuesta de Directiva BICIS introduce una medida equivalente a la libertad de amortización para todo el inmovilizado de menos de 1.000 euros.

De igual modo, la propuesta de Directiva BICIS incorpora dos formas de amortización de los bienes del inmovilizado que contienen indudables beneficios para el contribuyente. La primera prevé la amortización individualizada, aplicando siempre un método de amortización lineal, de sólo cinco categorías de activos (en la propuesta de Directiva BICIS-2011 sólo eran tres las categorías admitidas):

- a) Los edificios y estructurales industriales, cuya vida útil se fija en veinticinco años.
- b) Los edificios comerciales, de oficinas y otros inmuebles, cuya vida útil se fija en cuarenta años.
- c) El inmovilizado material a largo plazo, definido como aquel que tiene una vida útil igual o superior a quince años, y cuya vida útil para ser amortizado se establece en quince años.
- d) El inmovilizado material a medio plazo, definido como aquel que tiene una vida útil igual o superior a ocho años e inferior a quince años, y cuya vida útil para ser amortizado se fija en ocho años.
- e) El inmovilizado intangible, cuya vida útil coincide con el período en que el activo goce de protección legal o por el cual sea otorgado el derecho o, en caso de que dicho período no pueda determinarse, se fija como vida útil quince años.

Obsérvese la ventaja fiscal que puede obtenerse en muchos casos aplicando este sistema de amortización, ya que si adquirimos un activo cuya vida útil es de doce años, éste será calificado como inmovilizado material a medio plazo y se amortizará linealmente en ocho años. Es decir, un activo de vida útil de doce años se puede amortizar en sólo ocho años, lo que genera una ventaja fiscal equivalente a lo que conocemos como aceleración de la amortización.

La segunda fórmula de amortización se destina al resto del inmovilizado, es decir, al inmovilizado cuya vida útil sea inferior a ocho años, para lo que se prevé una amortización conjunta en un grupo de activos (en régimen de *pool*), consistente en deducir en cada ejercicio un 25% de la base de amortización de dicho conjunto de activos. Dicha base se calculará a partir del valor de la base del ejercicio anterior, sumando el valor de adquisición o construcción de los nuevos activos que se incorporen al grupo y restando el producto de la enajenación de los activos que sean transmitidos o las indemnizaciones percibidas por la pérdida o destrucción de los mismos.

En este caso, los considerandos de la propuesta de Directiva BICIS justifican este método de amortización en grupo en la simplificación que supone tanto para la Administración como para el contribuyente, de forma que se evita la tarea de elaborar listas detalladas para fijar la vida útil de los activos y establecer su amortización individualizada. A mí me resulta sorprendente esta apelación a la simplificación en un contexto de incremento de los deberes de información y registro tanto en el ámbito contable como en el ámbito fiscal y, sobre todo, por las posibilidades económicas de los contribuyentes a los que va dirigida la propuesta.

Lo que sí puede afirmarse de nuevo es que este método esconde también determinadas ventajas para los contribuyentes. Por ejemplo, un activo de una vida útil de seis años podrá amortizarse al ritmo del 25% anual en el marco de este grupo de activos. Pero, además, la aplicación de este método, en la medida en que el producto de la enajenación de un activo amortizado en grupo debe minorar necesariamente la base de amortización del conjunto de activos, conlleva que se establezca la exención del producto obtenido en dicha enajenación (art. 8, letra a, de la propuesta de Directiva BICIS). Por ello, la posible plusvalía existente en un activo de esta naturaleza no tributará nunca en el momento de su transmisión, sino que se destinará a minorar un importe equivalente del gasto de amortización deducible futuro del grupo de activos, lo que conlleva económicamente un diferimiento de la tributación.

Dos cuestiones más en relación con la normativa contenida en el capítulo destinado a la amortización del inmovilizado en la propuesta de Directiva BICIS. Primera, se define expresamente como activos no amortizables el inmovilizado material no sujeto a desgaste y obsolescencia (se ponen como ejemplos los terrenos, obras de arte, antigüedades y joyas) y los activos financieros. Sin embargo, respecto de los primeros (que no respecto de los activos financieros) se permite una amortización excepcional equivalente a la pérdida de valor de los activos no amortizables producida durante el ejercicio por fuerza mayor o por actividades delictivas de terceros, siempre que el producto de la enajenación de dichos activos no estuviera exento.

Segunda cuestión, se establece el diferimiento de la plusvalía obtenida en la transmisión de activos amortizables individualizadamente o no amortizables cuando el producto obtenido por dicha transmisión vaya a reinvertirse antes del final del segundo ejercicio siguiente posterior a su transmisión, o se haya reinvertido en el ejercicio anterior, en la adquisición de un activo utilizado con una finalidad idéntica o similar a la que cumplía el activo transmitido. Para ello, se dispone que el excedente del producto de la transmisión del activo sobre su valor fiscal (plusvalía) quedará exenta de tributación, aunque minorará la base de amortización del activo de sustitución.

La regulación de este beneficio fiscal se completa con dos previsiones: por un lado, cuando se transmita voluntariamente el activo es necesario que el mismo haya sido mantenido en propiedad por el contribuyente durante un período mínimo de tres años previo a la enajenación. Y por otro, el incumplimiento del compromiso de reinversión obliga al contribuyente a incorporar a la base imponible del segundo ejercicio posterior a la enajenación del activo, el importe de la renta que dejó de tributar por aplicación del beneficio en el ejercicio de su enajenación, incrementado en un 10%.

5. EL TRATAMIENTO DE LAS PÉRDIDAS

En cuanto al tratamiento de las pérdidas obtenidas por un contribuyente residente o por un establecimiento permanente de un contribuyente no residente, definidas por la propia propuesta de Directiva BICIS como “un excedente de gastos deducibles y otros elementos deducibles sobre los ingresos en un ejercicio fiscal determinado” (art. 4.9), el artículo 41 dispone que podrán trasladarse y deducirse en los ejercicios fiscales posteriores, sin limitación temporal, sin que la reducción de la base imponible de ejercicios posteriores pueda dar lugar a un resultado negativo como resultado de computar pérdidas de ejercicios anteriores. Se dispone igualmente, en orden a su aplicación, que se deducirán, en primer lugar, las pérdidas más antiguas.

Las modificaciones introducidas en este tema en relación con la propuesta de Directiva BICIS-2011 se centran en dos cuestiones fundamentalmente: La primera, que se ha introducido una norma para desincentivar la compra abusiva de sociedades con pérdidas, de manera que se dispone que las pérdidas en que haya incurrido en años anteriores un contribuyente residente o un establecimiento permanente de un contribuyente no residente no podrán ser deducidas en ejercicios fiscales posteriores cuando se cumplan simultáneamente dos condiciones:

- a) Que otra sociedad adquiriera una participación del contribuyente y que, como consecuencia de ello, el contribuyente adquirido pase a ser una filial consolidable en el sentido del artículo 3 de la propuesta de Directiva BICIS.
- b) Que se produzca un cambio importante de actividad del contribuyente adquirido, en virtud del cual éste deje de ejercer una actividad que haya representado más del 60% de su volumen de negocios en el ejercicio fiscal anterior, o que acometa nuevas actividades que asciendan a más del 60% de su volumen de negocios en el ejercicio fiscal de su introducción o en el ejercicio siguiente.

Sin embargo, sin duda, lo más relevante es la segunda modificación introducida y que consiste en un mecanismo de compensación transfronterizo de pérdidas, aunque de carácter temporal. De conformidad con lo descrito en el artículo 42 de la propuesta de Directiva BICIS, un contribuyente residente que siga teniendo beneficios tras deducir sus propias pérdidas provenientes de ejercicios anteriores, podrá deducir además las pérdidas sufridas en el mismo ejercicio fiscal por sus filiales consolidadas inmediatas o por sus establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros.

Obsérvese que no podrá compensarse las pérdidas obtenidas por una filial en un Estado miembro con los beneficios obtenidos por otra filial del contribuyente en otro Estado miembro, ni tampoco podrá compensarse las pérdidas de la matriz con los beneficios de la filial consolidable inmediata. La compensación de las pérdidas de una filial siempre deberá hacerla el contribuyente residente con su propia renta positiva, por lo que sólo cabe una compensación vertical ascendente. En consecuencia, este mecanismo no puede equipararse, en modo alguno, a un sistema auténtico de consolidación en el que se integran todas las bases imponibles positivas y negativas de todos los miembros del grupo, permitiendo tanto una compensación vertical, en sentido ascendente y descendente, como una compensación horizontal entre filiales del grupo.

El importe de las pérdidas que podrá deducirse el contribuyente se calculará proporcionalmente en función de la participación que posea en la filial consolidable inmediata, es decir, multiplicando el porcentaje de participación por las pérdidas obtenidas por la filial. Y siguiendo esta misma lógica, podrá deducirse las pérdidas íntegras en el caso de que hayan sido generadas por uno de sus establecimientos permanentes.

Ahora bien, este mecanismo de compensación es siempre temporal, ya que necesariamente la cantidad inicialmente deducida por el contribuyente residente proveniente de las pérdidas de sus filiales inmediatas o establecimientos permanentes deberá ser de nuevo añadida a su base imponible y, en consecuencia, deberá tributar por ella en su Estado miembro de residencia.

Ello ocurrirá, en primer término, cuando la filial o establecimiento permanente obtenga beneficios en ejercicios posteriores y, entonces, el contribuyente deberá integrar en su base imponible el importe de dichos beneficios obtenidos por la filial o establecimiento permanente hasta lógicamente el importe máximo de las pérdidas que previamente fueron deducidas por el contribuyente. Por su parte, es evidente que ello no impide que la filial o establecimiento permanente pueda también compensar las pérdidas anteriores con los nuevos beneficios obtenidos en el Estado miembro en que esté situado, de conformidad con el artículo 41 de la propuesta de Directiva BICIS.

Además, para garantizar que este mecanismo no genera pérdidas definitivas de recaudación para los Estados miembros, se dispone la reincorporación automática en la base imponible del contribuyente de las cantidades deducidas en concepto de pérdidas provenientes de sus filiales y establecimientos permanentes cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando al final del quinto ejercicio posterior a aquel en que se ha producido la deducción inicial de las citadas pérdidas, no se haya reincorporado totalmente las cantidades deducidas en la base imponible del contribuyente. Ello será debido a que la filial o el establecimiento permanente del que provenían las pérdidas objeto de compensación no habrá obtenido beneficios en cuantía suficiente para realizar dicha reincorporación durante los cinco ejercicios siguientes a la generación de las citadas pérdidas.
- b) Cuando la filial se venda, se liquide o se transforme en un establecimiento permanente.
- c) Cuando el establecimiento permanente se venda, se liquide o se transforme en una filial.
- d) Cuando la sociedad matriz deje de cumplir los requisitos necesarios para considerar a la sociedad participada como una filial consolidable, de acuerdo con el artículo 3.1 de la propuesta de Directiva BICIS.

6. LA CLÁUSULA DE LA INVERSIÓN

El capítulo VII de la propuesta de Directiva BICIS recoge una cláusula de inversión (*switch-over clause*) que consiste fundamentalmente en sustituir el régimen de exención previsto inicialmente para determinadas rentas por el régimen de imputación como mecanismo para corregir la doble imposición, en determinadas situaciones en las que las rentas beneficiadas por la exención no han sido gravadas en el país del que provienen o lo han sido por debajo de determinado nivel de tributación que se considera admisible.

Según el artículo 53, las rentas afectadas serían la distribución de beneficios o el producto de la enajenación de las acciones de entidades situadas en países terceros obtenidas por el contribuyente que inicialmente estarían exentas por aplicación del artículo 8, letras c y d (aquellas en las que el contribuyente posee una participación de, al menos, el 10% de su capital social o posee, al menos el 10% de los derechos de voto y dicha participación se ha mantenido durante al menos un año), cuando dicha entidad esté sujeta en dicho país tercero a un tipo impositivo legal del Impuesto sobre Sociedades inferior a la mitad del tipo impositivo legal que le habría aplicado, en relación con tales rentas extranjeras, el Estado miembro de residencia del contribuyente.

A mi juicio, la referencia al tipo legal del Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro de residencia del contribuyente permite advertir dos posibles carencias respecto de una norma que cumpliera adecuadamente el papel anti-elusivo que se pretende. Por un lado, la referencia al tipo legal del Impuesto sobre Sociedades en lugar de al tipo efectivo supone que, en algunos casos, la renta obtenida por la entidad residente en el país tercero podría haber estado sometida a un tipo legal “adecuado” para seguir aplicándole el método de exención (superior a la mitad del tipo legal del Impuesto sobre Sociedades del contribuyente), pero su tributación real podría ser muy inferior debido a la aplicación de deducciones en la cuota. En estos casos, la cláusula de inversión no operaría, pese a que también de esta forma se puede conseguir la planificación fiscal elusiva que la cláusula de inversión trata de evitar.

Por otro lado, la existencia de distintos tipos de gravamen legal en los diferentes Estados miembros impedirá lógicamente una aplicación uniforme de la cláusula de inversión en la Unión Europea. De este modo, si la sociedad situada en un tercer país soporta un tipo legal de gravamen de un 7%, la cláusula de inversión será aplicable a contribuyentes residentes en países como España con un tipo de gravamen medio o elevado (7% es inferior a la mitad del 25% aplicado en España), pero no será aplicable en países que poseen tipos de gravamen del 10% o del 12,5% (7% es superior a la mitad de dichos tipos de gravamen).

De este modo, la norma favorece que los grupos multinacionales planifiquen sus inversiones en países terceros de baja tributación a través de los Estados miembros que ofrezcan menores tipos legales de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, con lo que, en modo alguno, se habrá reducido el margen de competencia fiscal entre Estados miembros a través del Impuesto sobre Sociedades y la planificación fiscal que ello permite.

Desde mi punto de vista, constituye una mejor solución la contenida en el artículo 72 de la propuesta de Directiva BICIS, que utiliza como referencia el tipo legal medio del Impuesto sobre Sociedades aplicable en todos los Estados miembros, aunque hay que decir también que la tendencia a la baja de dicho tipo medio, consecuencia a su vez de la continua bajada de tipos de gravamen que ha experimentado el Impuesto sobre Sociedades en todos los Estados miembros en las últimas décadas (alrededor de 12 puntos porcentuales⁷), aconsejaría introducir otra medi-

⁷ Según los datos recogidos en *Commission staff working document Corporate Income Taxation in the European Union*, de 17 de junio de 2015, SWD (2015) 121 final, la media de los tipos nominales de gravamen del Impuesto sobre Sociedades de los Estados miembros de la Unión Europea se ha reducido del 35% existente en 1995 hasta un 23% en 2014 (pág. 3 del anexo I). Ello se explica por la sustancial reducción de los tipos de gravamen realizada en todos los Estados europeos, siendo especialmente significativo que el tipo de gravamen más elevado haya pasado del

da imprescindible para contener la competencia fiscal y que consiste, en mi opinión, en establecer una tributación mínima en el Impuesto sobre Sociedades que sirviese de referencia, en este caso concreto, para establecer el nivel de tributación por debajo del cual debería operar la cláusula de inversión de manera homogénea en todos los Estados miembros.

De igual modo, la previsión de que la cláusula de inversión no será aplicable cuando la entidad participada resida en un Estado que haya firmado un convenio de doble imposición con el Estado miembro en el que resida el contribuyente, si en dicho convenio no se permite pasar de una exención fiscal al gravamen de las categorías de rentas mencionadas, posibilita, una vez más, a los grupos de sociedades planificar sus inversiones en los terceros países de baja fiscalidad teniendo en cuenta las diferencias de trato fiscal existentes en el seno de la Unión Europea, en este caso resultantes de la red de convenios de doble imposición de cada uno de los Estados miembros.

Debe tenerse en cuenta, además, que una cláusula de inversión con contenido similar al que venimos comentando se encontraba en la propuesta inicial de Directiva anti-abuso, pero que finalmente fue suprimida en el texto final aprobado de dicha Directiva, como peaje necesario para conseguir el consenso necesario para lograr dicha aprobación. Ello podría influir también en el futuro de esta medida si la propuesta de Directiva BICIS llegase a aprobarse.

La aplicación de la cláusula de la inversión obligaría al contribuyente a incluir en su base imponible del Impuesto sobre Sociedades del Estado miembro en el que reside los beneficios provenientes de la entidad o la renta obtenida por la enajenación de las acciones de dicha entidad, en la medida en que dichas rentas ya no estarían exentas, pudiendo deducir de la cuota resultante el impuesto pagado en el tercer país respecto de las rentas extranjeras incluidas. En este caso, el importe de la deducción no deberá superar la cuantía del Impuesto sobre Sociedades del contribuyente, calculada antes de la deducción, imputable a la renta que debe ser gravada.

Por último, se establece que los Estados miembros no aplicarán la cláusula de inversión en relación con las pérdidas generadas por la enajenación de las acciones de una entidad que tenga su residencia fiscal en un tercer país. Es decir, la no inclusión en la base imponible común de las pérdidas obtenidas por la enajenación de las acciones cuando el contribuyente haya mantenido una participación mínima del 10% en el capital o del 10% de los derechos de voto de la sociedad participada durante los doce meses anteriores a la enajenación, que resulta de la aplicación combinada de lo establecido en los artículos 8, letra c, y 18 de la propuesta de Directiva BICIS, no se alteraría, en ningún caso, a través de la cláusula de inversión, lo que tiene su lógica en que la planificación fiscal agresiva realizada por los grupos de sociedades en los países de baja o nula tributación sólo tiene sentido en relación con la localización en dichos territorios de las rentas positivas obtenidas.

7. LA TRIBUTACIÓN DE LAS EMPRESAS ASOCIADAS

El artículo 56 de la propuesta de Directiva BICIS describe tres situaciones que dan lugar a la existencia de empresas asociadas:

56,8% de Alemania en 1995 al 38% de Francia en 2014, mientras que el tipo de gravamen inferior del Impuesto sobre Sociedades haya bajado desde el 19,6% de Hungría en 1995 hasta el 10% de Bulgaria en 2014.

- a) Cuando un contribuyente participa en la gestión, el control o, directa o indirectamente, en el capital de un no contribuyente, o de un contribuyente que no pertenezca al mismo grupo. En este caso, ambas empresas son asociadas.
- b) Cuando las mismas personas participan en la gestión, en el control o, directa o indirectamente, en el capital de un contribuyente y de un no contribuyente, o de contribuyentes que no pertenezcan al mismo grupo. En este caso, todas las sociedades implicadas se consideran empresas asociadas.
- c) Un contribuyente se considerará empresa asociada a su establecimiento permanente en un tercer país y, por otra parte, un contribuyente no residente se considerará empresa asociada a su establecimiento permanente situado en un Estado miembro.

Obsérvese que en las dos primeras situaciones descritas parece excluirse del ámbito de aplicación de las empresas asociadas el supuesto en que un contribuyente participe en la gestión, el control o en el capital de un contribuyente que pertenezca al mismo grupo, lo que a mi juicio sólo tiene sentido cuando dicho grupo esté tributando en un régimen de consolidación que haga innecesario valorar las operaciones intra-grupo de acuerdo con la normativa de precios de transferencia. De nuevo, parece que la regulación de las empresas asociadas (prácticamente idéntica a la incluida en la propuesta de Directiva BICIS-2011) está pensada para su aplicación simultánea con la propuesta de Directiva BICIS que regula el régimen de consolidación fiscal. No obstante, creo que si se aprobase las directivas por fases, tal y como se afirmaba en la Comunicación de 2015 sobre “un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”, entonces las relaciones entre matriz y sus filiales consolidables, aunque ambas sean contribuyentes a los efectos de la Directiva BICIS, deberían también considerarse como relaciones entre empresas asociadas, hasta el momento en que ambas entidades tributasen efectivamente en régimen de consolidación.

Con respecto a los criterios utilizados para definir la existencia de empresas asociadas, el artículo 56.2 de la propuesta de Directiva dispone, en primer lugar, que por participación en el control se entenderá una posesión de más del 20% de los derechos de voto. En segundo lugar, que por participación en el capital se entenderá un derecho de propiedad de más del 20% del capital. Y en tercer lugar, que por participación en la gestión se entenderá encontrarse en situación de ejercer una influencia significativa en la gestión de la empresa asociada. Además, se establece que, a efectos de aplicar los criterios anteriores, una persona física, su cónyuge y sus ascendientes y descendientes directos se consideran como una sola persona.

Como también ocurría en la definición de filiales consolidables, para el cálculo de las participaciones indirectas se multiplicarán los porcentajes de participación en los niveles sucesivos, teniendo en cuenta además que cuando un contribuyente posea más del 50% de los derechos de voto se entenderá que posee el 100% de dichos derechos.

Delimitada así la relación entre empresas asociadas, el artículo 57 de la propuesta de Directiva BICIS dispone que cuando en dichas relaciones se acuerden o impongan condiciones diferentes a las que habrían sido acordadas por empresas independientes, cualquier renta que habría sido

obtenida por el contribuyente y que no haya obtenido debido a esas condiciones se incluirá en su renta y se gravará según corresponda. Se trata, pues, de reafirmar la aplicación del principio de plena competencia en el ámbito de las relaciones entre empresas asociadas.

Se añade, además, respecto de la redacción contenida en el propuesta de Directiva BICCIS-2011, que la renta imputable a un establecimiento permanente será aquella que esperaría conseguir si fuera una empresa separada e independiente, en particular en sus tratos con otras partes del mismo contribuyente, teniendo en cuenta las funciones desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por el contribuyente a través del citado establecimiento permanente y a través de otras partes del mismo contribuyente.

En relación con esta regulación podemos efectuar dos consideraciones: en primer lugar, puede sostenerse que la regulación contenida en la propuesta de Directiva BICIS resulta insuficiente, en la medida en que únicamente prevé la aplicación del principio de plena competencia en relación con el contribuyente para incorporar una tributación adicional por la renta no obtenida (coincidiría con el ajuste primario), pero no establece nada en relación con el posible ajuste correlativo o bilateral que sí está presente en muchas legislaciones nacionales (como la española) y en muchos convenios de doble imposición. De igual modo, no regula ninguna cuestión en relación con los métodos de determinación del valor de las operaciones, sobre la posibilidad de practicar un ajuste secundario, sobre la posibilidad de realizar acuerdos previos de valoración, etc.

Ello podría llamar la atención si se tiene en cuenta que en la Comunicación de 2015 se llegó a afirmar expresamente que “es evidente que el actual sistema de precios de transferencia ya no funciona de forma eficaz en la economía moderna”, pero pese a esta afirmación no se introduce ningún cambio significativo en relación con la regulación de las empresas asociadas en la propuesta de Directiva BICIS respecto de la propuesta de Directiva BICCIS-2011. Por un lado, quizás, porque la iniciativa en este tema se deja a la OCDE y a las mejoras que se introduzcan en sus Directrices sobre Precios de Transferencia y, por otro lado, porque quizás también la iniciativa europea en este punto se quiere canalizar a través de otros instrumentos como la mejora en la aplicación del Convenio europeo relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (90/436/CEE), los trabajos desarrollados en el Foro Conjunto de Precios de Transferencia o la introducción de nuevas medidas de intercambio de información en el ámbito europeo.

Como segunda consideración, puede observarse que la regulación de empresas asociadas se ajusta a la aplicación del principio de plena competencia que sigue constituyendo, tras las recomendaciones elaboradas en el proceso del Plan de acción *BEPS*, el criterio determinante de la regulación de los precios de transferencia. A mi juicio, y muy sintéticamente, podríamos afirmar que las recomendaciones efectuadas en el citado Plan de acción *BEPS* van en la línea de reafirmar una aplicación más racional, más sustancial si se quiere, del principio de plena competencia, atendiendo a la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas entre empresas asociadas y no únicamente a la apariencia formal o legal que se muestra en dichas operaciones, pero dichas recomendaciones no pretenden, en absoluto, modificar el papel nuclear que debe seguir jugando el principio de plena competencia, rechazándose cualquier intento de utilizar un criterio diferente.

Ciertamente, ello puede resultar paradójico si se tiene en cuenta que el principal sistema alternativo a la aplicación del principio de plena competencia en el ámbito de los precios de transferencia consiste en la utilización de una fórmula predeterminada para el reparto del beneficio obtenido por los grupos de sociedades, que constituye precisamente el elemento estrella de la iniciativa BICIS en su conjunto. A ello hay que sumar que la introducción del informe país por país, considerado un estándar mínimo por la OCDE, constituye un instrumento que aportará una información esencial a las Administraciones Tributarias sobre el reparto de la tributación en el ámbito de las diferentes jurisdicciones fiscales en las que opera las distintas entidades del grupo, que permitirá compararlo con el verdadero peso que las actividades realizadas por el grupo tiene en cada jurisdicción, y que contiene también elementos claves para la aplicación de una fórmula de reparto.

Sin embargo, creo que la normativa sobre precios de transferencia seguirá siendo fundamental para la aplicación del Impuesto sobre Sociedades, incluso aunque llegue a aprobarse finalmente la propuesta de Directiva BICIS que establece el régimen de consolidación, ya que a través de la misma se podrá soslayar dicha normativa en relación con las operaciones intra-grupo, pero la determinación de la renta a distribuir entre las distintas jurisdicciones europeas en las que opere el grupo dependerá directamente también de la valoración de las operaciones que se realicen entre las sociedades del grupo y las sociedades vinculadas que estén fuera del grupo de consolidación, especialmente cuando se trate de sociedades residentes en terceros países, lo que ocurrirá en el caso de los grupos de sociedades cuya operativa empresarial excede del ámbito de la Unión Europea. En estos casos, el importe de la base imponible consolidada dependerá de las valoraciones acordadas en las operaciones vinculadas realizadas entre sociedades del grupo europeo y sociedades situadas en terceros países, lo que supondrá asumir una relación de confianza entre los Estados miembros en las actuaciones de comprobación que las diferentes Administraciones tributarias realicen en materia de precios de transferencia o con los posibles acuerdos de valoración que puedan llevarse a cabo en este ámbito, que determinarán el importe de la base imponible consolidable a repartir. A mi juicio, la regulación de la propuesta en estos aspectos presenta notables lagunas, que serán completadas con la legislación y práctica nacionales, por lo que podrían darse diferencias significativas según los distintos Estados miembros que podrían fomentar, a su vez, una nueva forma de competencia fiscal entre ellos.

Muchas gracias, he concluido mi intervención.